

СТАНОВИЩЕ И ОСОБЕНО МНЕНИЕ **на съдията Тодор Тодоров**

А. Становище

I. За обратното действие на закона

Становището се отнася на първо място до мотивите според мен без решаващ в случая характер по чл. 67, т. 2 ЗРТ. Не споделям обобщеното разбиране на съда, че разпоредбата на чл. 5, ал. 3 от Конституцията “визира само забраната за обратно действие на наказателния закон и се отнася само за престъпления. И не следва те да се приравняват с всякакви други нарушения – административни, трудови, дисциплинарни и т.н.”.

Според мен *чл. 5, ал. 3 от Конституцията е конкретен израз на общ конституционен принцип*, който непълно бих формулирал така: “недопустимо е въвеждането на правни санкции (наказания, репресии и пр.) за действия или бездействия, които не са били укорими според действащото към момента на извършването им право като престъпления (простъпки, нарушения и пр.)”. Другояче казано, съществува конституционна забрана за обратно действие на установени санкции и съдът е длъжен да тълкува правилото на чл. 5, ал. 3 от Конституцията *разширително*, а не ограничително.

Източникът на този конституционен принцип съзирам в принципа на справедливостта (преамбюл на Конституцията) и го отнасям към принципите на правовата държава – чл. 4, ал. 1 от Конституцията.

II. За таксата по чл. 60, ал. 1 от Конституцията

На второ място не споделям изразеното в мотивите по чл. 93, ал. 1 ЗРТ разбиране, „че радио-телевизионната такса не е цена на услуга, а държавно вземане“. То не съответства на изричния текст на оспорената законова разпоредба, който говори за „такса“, а така също и наличието на информационни услуги, които държавата извършва чрез участието си във финансирането на дейността на БНР и БНТ.

Смятам, че поради изключително важния за обществото характер на осъществяваните от БНР и БНТ услуги, без които то практически не би могло да функционира в съвременните условия, държавата разполага с конституционно право да преразпределя разходите за тези услуги, като определи минимална, еднаква за всички такса за тях. Тези два елемента – наличието на необходими за обществото информационни услуги и включването на социални съображения в определянето на разходите за тях обосновават наличието на *такса* по смисъла на чл. 60, ал. 1 от Конституцията. Конституционните основания за това разпределяне на

разходи само между потребителите на услугите произтичат от същността на „социална“ държава по смисъла на преамбюла на Конституцията.

Б. Особено мнение

Особеното мнение се отнася до *три групи въпроси*, които подреждам не по номерацията на съответните членове на закона, а според важността им за урежданата материя. В този ред те засягат принципа на свободата и независимостта на средствата за масова информация – чл. 40, ал. 1 от Конституцията; принципите на свободната стопанска инициатива и създаването на еднакви правни условия за стопанска дейност – чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията, неразривно свързани с първия и; принципите на правовата държава и основните права на личността – преамбюла на Конституцията, чл. 6, ал. 2 и чл. 48, ал. 3 от Конституцията.

1. За органа, който лицензира

Особеното мнение се отнася на първо място до разпоредбите, с които се предоставя на Държавната комисия по далекосъобщенията (ДКД) правото да издава, съответно да изменя и отнема *лицензии за радио- и телевизионна дейност* и всички правомощия в тази връзка – чл. 32, ал. 1, т. 9; чл. 105, ал. 1 и 3; чл. 106, ал. 2; чл. 107, ал. 3; чл. 111- 115; чл. 118; чл. 119, ал. 1; чл. 120; чл. 123 и чл. 125, ал. 2 и 3 ЗРТ. Това право не бива да се смесва с правото на ДКД да издава *лицензии за далекосъобщителен оператор* по Закона за далекосъобщенията. Уредбата на последните има своето основание в чл. 18, ал. 3 и 5 от Конституцията; обратно, лицензиите за радио- и телевизионна дейност нямат основание в посочените конституционни текстове, тъй като държавата няма суверенни права, нито държавен монопол върху тази дейност. Конституционното основание за лицензиите за радио- и телевизионна дейност може да бъде потърсено в чл. 19 от Конституцията (за търговските оператори), а в по-общ план – в специалната разпоредба на чл. 40, ал. 1 от Конституцията.

Няма да се впускам в подробен анализ на всяка от оспорените разпоредби, а ще се огранича само с философията на уредбата и нейната противоконституционност, по-специално съотношението ѝ с основния конституционен текст в материята – чл. 40, ал. 1 от Конституцията. По мое мнение, включването на лицензиите за радио- и телевизионна дейност в домена на ДКД противоречи на конституционния принцип на свобода (и независимост) на средствата за масова информация – чл. 40, ал. 1 от Конституцията, а така също и на доскорошната практика на съда.

При тълкуване на този принцип съдът в едно макар и неясно и вътрешно противоречиво решение е анализирал разпоредбата на чл. 27, т. 5 от Закона за далекосъобщенията (ЗД), която гласи: „Държавната комисия по далекосъобщенията извършва следните дейности:...5. Издава, отменя,

допълва, спира, прекратява и отнема *лицензии за радио-и телевизионни дейности* след решение на Националния съвет по радио и телевизия“ (тук и навсякъде в текста курсив и подчертаване мои – Т.Т.). Съдът изрично е отбелязал: „Разпоредбите на ЗД и по-конкретно чл. 27, т. 4, 5 и 6 се отнасят до лицензии за изграждането на далекосъобщителни мрежи и предоставяне на услуги чрез ползване на радиочестотния спектър. Контролът върху подготвянето, създаването и *разпространението* на радио- и телевизионни програми по смисъла на § 1, т. 12 от допълнителната разпоредба на ЗД е извън компетентността на ДКД, поради което *чл. 27, т. 5 ЗД се отнася единствено до лицензиите за изграждане на далекосъобщителни мрежи и предоставяне на услуги чрез радиочестотния спектър*. По отношение на радиото и телевизията съществува конституционната повеля на чл. 40, ал. 1 от Конституцията за превръщането им в автономни, обществени институции, освободени от опеката на определен държавен орган. Затова регулаторните функции за радиото и телевизията са предоставени със ЗРТ на НСРТ, който не е държавен орган“ (ДВ, бр. 147 от 1998 г.).

Съдът прибегва до едно присвоено, но полезно според мен правомощие, като *тълкува изправително* чл. 27, т. 5 ЗД. За да не обяви тази разпоредба за противоконституционна, съдът приема, че тя се прилага само за лицензиите за изграждане на далекосъобщителни мрежи и предоставяне на услуги чрез радиочестотния спектър. Що е „далекосъобщителна мрежа“ и „услуга чрез радиочестотния спектър“ по смисъла на Закона за далекосъобщенията е описано в § 1, т. 1, 9, 10 и 11 на същия закон. Във всеки случай понятието „радио- и телевизионна дейност“ е различно от тях, описано е в самостоятелната т. 12 и според съда тълкуването на чл. 27, т. 5 ЗД изрично изключва лицензиите за радио- и телевизионна дейност от правомощията на ДКД.

В решението си по ЗРТ съдът забравя това свое решение и включва лицензиите за радио- и телевизионна дейност в правомощията на ДКД.

Наред с това следва да се напомни, че радио- и телевизионна дейност може да се извършва и чрез наети линии от лица, които нямат лицензия за мрежата. Впрочем, такава е практиката на радио- и телевизионни оператори и към този момент. Ето защо разпространето на правомощията на държавния орган ДКД и върху лицензиите за радио- и телевизионна дейност не може да бъде обосновано с компетентността му в материята на далекосъобщенията. Изложеното в някои становища разбиране, което изглежда мълчаливо се споделя и от съда, че ДКД действа при издаването на лицензиите за радио- и телевизионна дейност като орган с обвързана компетентност не съответства на действителното положение. Ако ДКД *винаги* издава лицензия по предложения му от НСРТ проект, то връзката между двете институции се свежда до куриерски пренос на книжа. Така е особено в случаите, когато едно лице кандидатства само за лицензия за радио- и/или телевизионна дейност, без да кандидатства за лицензия за

далекосъобщителен оператор. Тогава участието на ДКД в лицензионната схема се оказва безсмислено; комисията само полага печати и подписи, без да може да прояви собствена воля в този процес.

Очевидно логиката на уредбата е друга. Според мен правомощието за издаване на лицензия е предоставено на ДКД с оглед на възможността комисията да откаже лицензия въпреки положителния проект на НСРТ. Срокът по чл. 115, ал. 4 ЗРТ е инструктивен и не виждам какво може да попречи на комисията да откаже издаване на лицензията в този срок. От друга страна, не виждам как един такъв отказ (изричен или мълчалив) може да бъде заменен със съдебно решение. Липсват и каквито и да е критерии за подреждане и предимство, когато няколко кандидати участват за една и съща (за тях практически единствена) налична честота. Другояче казано, ножът и сиренето са в ръцете на държавния орган и всеки (кандидат за) радио- и телевизионен оператор по необходимост ще се съобразява с това.

Резултатът вкратце е следният: тъй като лицензиите за радио- и телевизионна дейност се издават от Държавната комисия по далекосъобщенията по реда на ЗД (чл. 115, ал. 4 ЗРТ), ролята на НСРТ се свежда до извършване на *писарската работа* по проекта за лицензия. Решаващият акт по издаването, изменението или прекратяването на лицензията се извършва от орган на изпълнителната власт, което е условие за опитомяване на “свободните” по Конституция средства за масова информация.

В някои становища възприетата уредба се обяснява с необходимостта от „единен регулаторен орган“. Не е ясно защо, след като съдът е възприел в цитираното по-горе решение, че общата философия на чл. 40, ал. 1 от Конституцията е насочена към „превръщането на радиото и телевизията в автономни, обществени институции, освободени от опеката на определен *държавен орган*“, приема, че *Държавната комисия* за далекосъобщения е конституционно подходящият „единен“ орган. От гледна точка на чл. 40, ал. 1 от Конституцията и на цитираното по-горе решение очевидно подходящият орган би трябвало да бъде НСРТ, който в по-голяма степен от ДКД е носител на автономното и донякъде обществено начало.

Горните аргументи ме карат да мисля, че с новия ЗРТ ролята на НСРТ е принижена до *помощен* орган към Държавната комисия по далекосъобщенията по отношение на радио- и телевизионните лицензии. Свободата на електронните средства за масова информация се оказва свобода в границите на благоволенieto на изпълнителната власт. Тъй като разбирам другояче чл. 40, ал. 1 от Конституцията, оставам на особено мнение.

II. За забраните по чл. 105, ал. 4 ЗРТ

Оставам на особено мнение и относно конституционността на забраните в чл. 105, ал. 4 ЗРТ, с изключение на тези в т. 3 и т. 9. Забраната по т. 3 може да бъде обоснована с обществения интерес, тъй като тя няма абсолютен характер, а по същество е само едно изискване за доказване на „собствеността на имуществото или на капитала“ (вероятно на произхода им) в съответствие с чл. 6 от Закона за мерките срещу изпирането на пари.

Забраната по т. 9 е безсмислена, тъй като от конституционноправна гледна точка „монополно положение на далекосъобщителен оператор“ на пазара е възможно единствено за държавен оператор (чл. 18, ал. 4 от Конституцията), а едва ли е необходимо държавата да забранява на себе издаване на лицензия; достатъчно е да се въздържа от злоупотреба с монополното си положение.

Абсурдна е обаче уредбата в останалите точки. Тя противоречи на принципите на чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията, прогласяващи свободната стопанска инициатива и задължаващи държавата да гарантира „еднакви правни условия за стопанска дейност“ за всички стопански субекти. Безспорно свободата на стопанска инициатива не е неограничена, но когато е наложително нейното ограничаване, тежестта за обосноваване на такова ограничаване се възлага върху държавата. Тя трябва да посочи конституционните ценности и цели, в чиито интерес е въведено ограничението.

Такива ценности и цели в оспорената уредба не могат да бъдат установени. Абсурдът започва със забраната по чл. 115, ал. 4, т. 1 ЗРТ. От кръга на кандидатите (!) за лицензии са изключени юридическите лица, на които е отказано или отнето разрешението за извършване на застрахователна дейност по § 8а от Закона за застраховането.

Достатъчен е бегъл поглед върху уредбата в Закона за застраховането, за да се види, че там отказът може да бъде следствие от неизпълнението на формални изисквания (например непривеждане дейността на заварен застраховател в съответствие с изискванията на новата уредба). Възможно е кандидатът за лицензия за радио- и/или телевизионна дейност да е добросъвестен търговец, който се отказва от бизнеса си в застрахователната дейност и затова не е потърсил нова лицензия за застрахователна дейност. Каква е връзката със забраната за радио- и телевизионна дейност въобще не е ясно.

Не е ясно например основанийето за забрана и за лицата, „които през последните пет години, предхождащи кандидатстването за лицензия, са обявени в несъстоятелност...“ – т. 5. Обстоятелството, че едно юридическо лице е било обявено в несъстоятелност не изключва възможността впоследствие производството по несъстоятелност да е било прекратено било защото лицето е изплатило задълженията си към всички кредитори (чл. 735, ал. 1 и 2 ТЗ), било защото е постигнало съдебно споразумение с тях (чл. 740, ал. 1 и 2 ТЗ). Няма икономическа и правна логика на това лице да

се забрани да упражнява радио- и телевизионна дейност като търговски оператор, тъй като към момента на кандидатстване за лицензия то може да е в по-добро финансово състояние от другите кандидати.

Върхът на абсурда обаче са забраните за юридически лица, в които участват съдружници или акционери, притежаващи дялово участие в някое дружество по т. 1, 3 и 6 – виж например т. 2 и 4. Ако аз съм бил акционер в застрахователно дружество с отнет лиценз, сега нито едно дружество, от което съм закупил акции, не може да кандидатства за радио- и телевизионна дейност.

Тази забрана демонстрира пълна законодателна некомпетентност в материята на търговското право. Оставям настрана въпроса за това, как при условията на акции на приносител и свободен фондов пазар може да ми се забрани да купя по една акция от всички потенциални кандидати за лицензия за радио- и телевизионна дейност и по какъв ред ще се проверяват акционерите в анонимните капиталови дружества. Достатъчно е само да попитам, какви конституционни ценности налагат да се забрани на едно юридическо лице да кандидатства за лицензия само защото между неговите акционери има и лице, което е било акционер във застрахователно дружество с отнет лиценз (т. 2) или е акционер и в дружество по т. 3 (т.4)? Ако аз съм имал 50 акции в застрахователното дружество с отнет лиценз X или 5 акции в дружеството Y, което не е доказало произхода на капитала си, каква е вината на дружеството Z, от което съм закупил 10 акции на фондовата борса и което кандидатства за лиценз за радио- и/или телевизионна дейност?

По същата логика не мога да разбера и защо едно дружество, в което сред хилядите акционери има и такива, които са акционери и в дружества с предмет „рекламна“ или „охранителна“ дейност (т. 7 и 8), не може да кандидатства за лицензия за радио- и/или телевизионна дейност.

По мое дълбоко убеждение установените в чл. 105, ал. 4 забрани са въведени без разбиране на анонимния характер на капиталовите дружества, свободните фондови борси и движението на капитали. Независимо от колко добри намерения са продиктувани, тези ограничения са просто неграмотни. Те противоречат грубо на чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията и мога само да изразя съжаление, че съдът не възприе изложените от мен съображения и не уважи искането в тази му част.

III. За лустрацията

На трето място особеното мнение се отнася до разпоредбите на чл. 26, т. 3 и чл. 59, ал. 2, т. 3 ЗРТ, с които се забранява на щатни и нещатни сътрудници на бившата Държавна сигурност да бъдат членове на НСРТ, съответно на управителните съвети на БНР и БНТ. Действително оспорените разпоредби засягат тесен кръг от длъжности и с това може да се обоснове тяхната малозначителност. Доколкото обаче с така

създадената забрана се нарушават основни конституционни права, за тези норми едва ли може да се каже нещо различно от казаното за лустрационните норми в решението на съда по к.д. 33/98 г. (ДВ, бр. 8/1999 г.). За по-подробна справка отпращам към това решение. Тук накратко ще повтора само основните аргументи за противоконституционност.

Оспорените норми на ЗРТ са също лустрационни, имат репресивен характер и нарушават конституционни права. Те притежават същите пороци – въвеждат принципа на груповата отговорност, без да взимат предвид присъщата на всяка правова държава презумпция за невинност до доказване на вината и укоримостта на индивидуалното поведение на съответното лице; изключват всяка правна възможност съответните лица да оспорят твърдяното сътрудничество и да докажат своите твърдения пред безпристрастен съд; ограничават правото на тези лица да заемат определени длъжности. Тези характеристики на лустрационните норми очевидно противоречат на принципа на справедливостта (преамбюл на Конституцията); принципа на правовата държава (чл. 4, ал. 1); равенството пред закона (чл. 6, ал. 1) и ред други норми на Конституцията. Наред с това противоречат на редица международни договори, по които България е страна, а също и на изричната резолюция на № 1096 от 1996 г. на Парламентарната асамблея на Съвета на Европа, според която „лустрационните мерки са несъвместими с демократичната държава, освен ако са спазени множество критерии. Първо, вината – която е индивидуална, а не колективна – трябва да бъде доказана за всяко лице, което показва необходимостта от индивидуално, а не колективно прилагане на лустрационните закони. Второ, трябва да се гарантира правото на защита, презумпцията за невинност до доказване на вината и възможността за редовно съдебно обжалване на всяко решение...“.

Тук ще се възползвам само от възможността да добавя няколко думи по въпроса за презумпцията за невинност, която очевидно не се разбира от мнозинството в съда. Излагам последващите кратки бележки с надеждата, че по други дела съдът ще се съобрази с този основен принцип на всяка правова държава в навечерието на XXI век.

Презумпцията за невинност има общ *конституционен характер*. Тя произтича от принципите на справедливостта и правовата държава – преамбюла на Конституцията и чл. 4, ал. 1 и 2 от Конституцията. Въпреки че е записана изрично само в чл. 31, ал. 3 от Конституцията за невинността на обвиняемия до постановяване на присъдата, тази презумпция важи във *всички* области на правото. Тя е свързана с достойнството на личността и правото на всяко лице да бъде третирано като невинно до установяване на противното от безпристрастен и независим съд.

В случаите, когато се допуска отклоняване от тази презумпция (например в материята на непозволеното увреждане или в митническото

законодателство), единствената функция на отклонението е разместване на *тежестта на доказване и презумпцията за вина е винаги оборима*. При това презумпция за вина е допустима само при безспорно установена *вреда и причинна връзка* между действието (бездействието) и така установената вреда. Така е и в българското право.

В по-развити законодателства този въпрос е уреден изрично. Например в чл. 9-1 от френския Граждански кодекс е записано като *основен принцип на гражданското право* правото на всяко лице на уважение на презумпцията за невинност (*Chacun a droit au respect de la presumption d'innocence – Art. 9-1*). Този принцип хармонично се вписва в общата правна уредба на гражданските отношения заедно с разпоредбите за непозволеното увреждане (чл. 1382 и чл. 1383), които през италианския *Codice civile* (Art. 2043) са прототип на чл. 45 ЗЗД.

Презумпцията за невинност е *принцип и на административното право*. Принципът е от такава важност за съвременните правови държави, че е предмет на акт на Комитета на министрите на Съвета на Европа (R/91/1), който гласи: „Тежестта на доказване пада върху административните органи (Принцип 7). Презумпцията за невинност важи не само за наказателния съдия, който се произнася върху основателността на обвинението, но и за другите органи“ („*La charge de la preuve incombe a l'autorite administrative (Principe 7). La presumption d'innocence ne s'impose pas uniquement au juge penal statuant sur le bien-fonde d'une accusation mais aussi aux autres autorite*“). В този смисъл е и практиката на Европейския съд по правата на човека – X с/Autriche, 6.10.1982 (вж. по-подробно *Robert, J. Droits de L'homme et Libertes Fondamentales, avec la collaboration de Jean Duffar, Ed. Montchestien, Paris, 1996, p. 259*).

Не считам за необходимо да се разпростирам подробно върху съдържанието и всички проявления на презумпцията за невинност. Достатъчно е да се отбележи, че тя функционира в две насоки: този, който твърди вината (укоримостта) носи *доказателствената тежест, тя (презумпцията)* задължава законодателя (и всички държавни органи) да тълкуват всяко съмнение в полза на заподозряното лице (*in dubio pro reo*); до безспорното установяване на вината от независим и безпристрастен съд заподозряното лице *задължително се третира като невинно*, даже и когато срещу него съществуват тежки (*graves et concordants*) улики.

Очевидно в оспорените разпоредби от Закона за радиото и телевизията грубо са нарушени всички посочени принципи, произтичащи от презумпцията за невинност. Надявам се, че в други свои решения съдът ще надскочи остарялото провинциално разбиране за презумпцията за невинност като приложима единствено към „вина в наказателноправен смисъл“ и ще възприеме разширително тълкуване на чл. 31, ал. 3 от Конституцията в съответствие с общия ѝ конституционен характер.